

*Correlación del matrimonio civil y los casos  
de unión de hecho en el Derecho familiar*  
*Civil Marriage Correlation and the Lawful  
Union Cases in the Family Law*

Jéssica Pilar Hermoza Calero\*

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v14i17.937>

Lex

\* Doctora en Derecho de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, maestra en Derecho Civil de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, con estudios concluidos en Maestría en Investigación y Docencia Universitaria, licenciada en Educación de la Universidad Alas Peruanas, conciliadora extrajudicial en materia de Derecho Civil, profesora de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas. E-mail: [j\\_hermoza@doc.uap.edu.pe](mailto:j_hermoza@doc.uap.edu.pe)





*Surcando la vida* (81 cm x 100 cm). Diego Alcalde Taboada.

## RESUMEN

El matrimonio es una institución trascendental a lo largo de los siglos. Aparece como una alternativa segura que tienen los cónyuges de convivir y llevar una vida de casados duradera; asimismo, está protegido por las leyes como la Constitución Política del Perú, Código Civil Peruano y Derecho comparado. En cuanto a la institución de la unión de hecho —también denominado concubinato—, es la más antigua, dado que en los últimos años ha tenido mayor fuerza de acogida por cuanto ahora existen más casos de concubinatos que matrimonios. A continuación analizaremos algunos aspectos relevantes del matrimonio y también de la unión de hecho, y finalmente expondremos las conclusiones y recomendaciones por que una pareja debe estar unida tanto por el amor como por el matrimonio civil, que es el válido legalmente para solicitar derechos cuando uno de los cónyuges incumple.

**Palabras clave:** *matrimonio civil, Derecho familiar, unión de hecho.*

## ABSTRACT

Along the centuries, Marriage has been a transcendental institution. It emerges as a secure alternative of living together for spouses and carry on as a married couple. Peru, Civil Peruvian Code and Compared Law. Regarding the Lawful unión institution, also known as concubinage is the most antique one, for in the latest years it has become more accepted, having more cases of concubinage than marriages. Hereafter, we will analyze some of the most relevant aspects of marriage, as well as of lawful union and finally the conclusions and recommendations why a couple should stay together united by love as well as by the civil marriage which is legally valid, so to ask for rights when one of the spouses breaches the commitment.

**Key words:** *civil marriage, Civil Code, common-law relationship, concubinage, family Law.*

## INTRODUCCIÓN

Desde la edad antigua, el matrimonio ha formado parte de la conciencia humana, ya que, como ser social que es, el hombre debió haber formado parte de una familia, y como Belluscio lo señala, el origen del matrimonio se vincula con el de la familia, persistiendo hasta nuestros días la problemática que surge de ignorar cómo fue ese proceso histórico-social.

Aun cuando cada cultura extiende diferentes definiciones y realidades sociales respecto a la figura del matrimonio, es preciso señalar que este ha tenido un desarrollo a través de la historia muy importante: desde la antigua Roma, de Oriente a Occidente, el matrimonio fue y es uno de los temas más estudiados y menos comprendidos del saber humano por la complejidad que representa el comparar tantas manifestaciones como culturas existen en el mundo.

El concubinato es una institución más antigua de la unión de hombre y mujer, y que a lo largo del tiempo tiene mucha importancia en cuanto a sus efectos jurídicos en razón de que está vigente y reconocido por la Constitución Política del Perú. Teniendo en cuenta la dación de la ley 30007 que habla sobre el Derecho sucesorio y las uniones de hecho, se reconocen algunos efectos jurídicos similares a los del matrimonio.

Existen cientos de miles de parejas que viven juntas pero sin el acta matrimonial de por medio; tal vez esa sea la forma más común o “extrema” de las variantes de lo que pudieran llamarse relaciones premaritales.

Estas parejas, si bien no tienen muchos problemas en cuanto a sostener relaciones íntimas constantes, son producto de duras presiones que van desde lo familiar a todo lo social en su conjunto, y aunque esto hace que muchos “sucumban” al matrimonio, se puede afirmar que diariamente se acrecienta la tendencia a vivir juntos sin casarse.

Los cambios en las conductas sociales en los últimos años se manifiestan en lo que respecta al derecho de familia en la proliferación de las uniones de hecho. Siempre ha existido junto a la realidad del matrimonio, el hecho del concubinato, pero este último presenta en la actualidad sus rasgos propios.

En la antigua Roma, mediante un contrato se reconoció expresamente el concubinato, considerándolo un matrimonio de orden inferior, y se le hizo producir efectos jurídicos. Era reconocido por el Derecho y aceptado socialmente dentro de ciertas circunstancias. Normalmente, tenía lugar el concubinato cuando la unión matrimonial no era posible por falta de los presupuestos necesarios para las justas nupcias, o por cuando alguna razón faltaba el honor matrimonial o la  *affectio maritales*.

Anteriormente, en el matrimonio no existían mayores exigencias para su celebración que para el concubinato, y por ello se presentaba entonces el problema de cómo saber si la unión de un hombre y una mujer constituía un matrimonio o un concubinato.

Hasta la época del emperador Justino, se presumía matrimonio si las personas eran de igual condición social, pues si eran de diferente condición se presumía que se trataba de un concubinato.

## 1. LOS ANTECEDENTES

Un verdadero detonante que abrió las compuertas del matrimonio civil fue la presencia, en pleno proceso de industrialización del país, de ciudadanos foráneos de fe religiosa distinta de la católica<sup>1</sup>. Muchos de los extranjeros acaudalados en Lima y en otros lugares del Perú profesaban los credos protestante, judaico o anglicano, y no siempre estaban dispuestos a contraer nupcias bajo las reglas del Concilio de Trento, especialmente cuando el futuro consorte tampoco era católico. Al no estar contemplado el matrimonio civil en la legislación nacional, la unión que contrajesen bajo sus propios ritos, si bien surtiría efecto en el interior de sus respectivas comunidades, carecía de todo valor jurídico —e incluso social— en nuestro país. Ante los remilgos del legislador para aprobarla, la presión diplomática ejercida ante las fundadas quejas de influyentes hombres de negocios domiciliados en el Perú no se dejó esperar. La necesidad de fomentar la llegada de inmigrantes inversionistas —endémica preocupación del Perú republicano— llevaría el asunto, como veremos, del claustro de la especulación teológica al ámbito de los problemas nacionales.

Lo cierto es que, en la realidad cotidiana, los matrimonios entre no católicos, especialmente de origen extranjero, se celebraban en el Perú al margen de las disposiciones del Código Civil vigente. En esos casos, las uniones eran permitidas cuando se formalizaban en las legislaciones o en los consulados respectivos en virtud del principio de extraterritorialidad (en observancia del artículo 158 del Código Civil), así como por el propio precepto constitucional que franqueaba el ejercicio de los cultos disidentes en privado. En enero de 1885, la revista *El Derecho*, de Lima, publicaba una sentencia abiertamente laicizante emitida por un juez de los tribunales

<sup>1</sup> Véase Pilar García Jordán, “Iglesia y poder en el Perú contemporáneo, 1821-1919”, *Archivos de la Historia Andina*, 12 (1991).

argentinos, por la cual se autorizaba a una menor de credo evangélico a casarse con un exsacerdote católico, con el consiguiente escándalo de las autoridades eclesiásticas.<sup>2</sup> El juez, quien cita a Portalis y a otros afamados juristas franceses, consideró que el otrora clérigo se hallaba perfectamente expedido para contraer nupcias, por cuanto los votos perpetuos no formaban parte del ordenamiento civil nacional. No existía tampoco el riesgo de que los eventuales hijos fuesen tachados de sacrílegos, pues el futuro cónyuge no volvería nunca a ser sacerdote. El audaz magistrado bonaerense concluía en que procedía el matrimonio civil por la simple razón de que los solicitantes no eran católicos: ella era protestante y él un apostata de la fe.

Situaciones parecidas habrían de presentarse también en el Perú. La citada revista *El Derecho* registra el caso del subprefecto de la provincia de Huaylas, departamento de Áncash, quien, en los primeros días de 1887, logro contraer matrimonio ante el alcalde de la municipalidad de Caraz, en una época en la que todavía no se autorizaba el matrimonio civil.<sup>3</sup>

## 2. NATURALEZA DE LA UNIDAD QUE FORMAN EL MARIDO Y LA MUJER

El simple estar juntos de un hombre y una mujer no hace de ellos una pareja conyugal, de manera que exista el matrimonio. El matrimonio implica una unión establece entre los dos y no es suficiente una relación episódica, aunque sea íntima, como es el caso de la unión fornicaria. Marido y mujer forman una unidad de dos, cuya naturaleza conviene ahora examinar adecuadamente, aunque la experiencia de la vida familiar y social proporcione un primer conocimiento intuitivo.

¿Qué tipo de unión forman los esposos? Hay muchos tipos de uniones entre personas humanas: entre colegas de trabajo, entre socios en los negocios, entre hermanos y hermanas, etc. La unidad que los esposos crean entre ellos al constituir la comunidad conyugal la ha descrito la Sagrada Escritura como una fórmula muy expresiva: forman “una sola carne”, una caro (Gn. 2, Mt. 19,6). Como se ha visto anteriormente (cfr. 1.), esta expresión no indica la unión carnal de los esposos, aunque no la excluye, sino que se refiere sobre todo al lazo que los une y que está profundamente enraizado en su naturaleza corpórea y al mismo tiempo espiritual.

El ser una caro es consecuencia, ciertamente, de una decisión libre de los esposos, pero con referencia a la naturaleza, porque hunde sus raíces en la natural complementariedad entre los dos. La unión conyugal o matrimonio tiene su origen en la naturaleza humana y se constituye en conformidad con ella.<sup>4</sup> Son estos los dos aspectos —naturaleza y libertad— que es necesario analizar para captar mejor la esencia del matrimonio en cuanto unidad del hombre y la mujer.

<sup>2</sup> “Matrimonio Sacerdotal”, *El Derecho. Semanario de Legislación y Jurisprudencia*, 5, año I (9 de enero de 1886).

<sup>3</sup> *El Derecho. Semanario de Legislación y Jurisprudencia*, 56, año. II (enero de 1887): 459.

<sup>4</sup> Cfr. J. Hervada, “Consideraciones sobre la noción de matrimonio”, *Persona y Derecho*, 10 (1983): 264.

### 3. COMPLEMENTARIEDAD ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER COMO BASE NATURAL DE LA UNIDAD CONYUGAL

El hombre y la mujer son naturalmente complementarios en cuanto, aun siendo plenamente el uno y la otra personas humanas, personas de naturaleza humana completa, no poseen del mismo modo determinados aspectos accidentales de la naturaleza humana, concretamente la masculinidad y la feminidad. Precisamente a través de la sexualidad la persona humana experimenta que no se basta a sí misma, que está orientada a una persona del otro sexo que le sirva de ayuda y de complemento, como también él o ella lo es respecto a la otra persona;<sup>5</sup> por eso, el hombre se siente inclinado a unirse, en relaciones íntimamente personales, con la persona del otro sexo, en cuanto son sexualmente diferentes, es decir, en cuanto hombre y mujer. Esta unión a la que inclina la naturaleza es el matrimonio. Hombres y mujeres pueden unirse también como personas en relaciones de trabajo, amistad, etc. que no atañen a su diferenciación sexual. Ninguna de estas uniones es el matrimonio.<sup>6</sup>

La relación conyugal es personal, pero, aunque hunde sus raíces en la naturaleza humana y se puede hablar de unidad entre los dos fundada en la naturaleza, sus personas no se pierden en la relación, como si fueran seres incompletos que consiguiesen su plenitud solo en la fusión mutua. De todos modos, en el orden de la naturaleza, por lo que se refiere a la modalidad sexual, constituyen un único principio generativo, como resulta particularmente evidente en el hijo que es el fruto. No hay modo de separar en él lo que ha recibido del padre de lo que ha recibido de la madre; la unidad del hijo refleja la unidad de sus padres.

La unidad conyugal se funda sobre la complementariedad. Al contrario, la coincidencia de intereses, de gustos, incluso de valores es la base de tantas relaciones de amistad, pero no es característica de la unión de los esposos, que frecuentemente poseen una notable diversidad de gustos e intereses, aun manteniendo una excelente relación entre ellos. Más aún, la búsqueda de la uniformidad entre el marido y la mujer en ámbito no conyugal corre el peligro de transformarse en imposición unilateral de uno de los dos sobre el otro y de dificultar más que favorecer la armonía mutua.

La complementariedad, ligada a la diversidad sexual, aparece orientada, en primer lugar a la transmisión de la vida. Se trata de una realidad prácticamente instintiva, y, además, la pone bien de manifiesto el primer capítulo del Génesis, en el que la creación del hombre como varón y mujer a imagen de Dios justifica lo que luego ordenó Este a la primera pareja: “Sed fecundos y multiplicaos, y llenad la tierra y sometedla, dominad en los peces del mar, en las aves del cielo y en todo animal que serpea sobre la tierra” (Gn. 1, 27 y 28).

<sup>5</sup> Cfr. W. E. May, “Marriage and the Complementarity of male and female”, *Anthropotes*, 8 (1992).

<sup>6</sup> Cfr. J. Hervada, “Consideraciones sobre la noción de matrimonio”, 272.

La bendición de Dios, en su primera parte, parece idéntica a la que concede a los animales marinos y los pájaros (“Los bendijo Dios diciendo: ‘Sed fecundos y multiplicaos y llenad las aguas de los mares, y multiplíquense las aves en la tierra’” [Gn. 1, 22]); existe, sin embargo, una diferencia fundamental: en el caso del hombre la bendición está ligada al haber sido creado a imagen de Dios. Esto significa que la transmisión de la vida humana tiene lugar en un nivel superior respecto a cuanto ocurre en el estadio inferior de la vida propia de los animales, lo que se pone particularmente de manifiesto en el paralelismo entre los versículos 1 y 3 del capítulo 5 del Génesis: “Este es el libro de los descendientes de Adán: El día en que Dios creo a Adán, le hizo a imagen de Dios. Los creo varón y mujer, los bendijo y los llamó ‘Hombre’ en el día de su creación. Tenía Adán ciento treinta años cuando engendró un hijo a su semejanza, según su imagen, a quien puso por nombre Set” (Gn. 5, 1-3).

#### 4. EVALUACIÓN HISTÓRICA DE LA UNIÓN DE HECHO<sup>7</sup>

El artículo 9 de la Constitución Política de 1979 señalaba que “la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable”.

Conforme a dicho ordenamiento, el Código Civil de 1984 incluyó en su artículo 326, dentro del capítulo de Sociedad de Gananciales, la norma que establece que la unión de hecho voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. Posteriormente, el artículo 5 de la Constitución Política de 1993, al tratar sobre los Derechos Sociales y Económicos, ha regulado a la unión de hecho, indicando que “la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”. La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de la sociedad de gananciales.

<sup>7</sup> Juan Espinoza Espinoza, “La necesaria parificación constitucional entre la unión de hecho y el matrimonio legal”, *Express*, 19, año 2 (julio del 2002). Marcial Rubio Correa, *Estudio de la Constitución Política de 1993* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999).

## 5. CONCEPTO

Es una figura muy heterogénea. Doctrinalmente, cabe destacar la amplia terminología que se emplea para referirse a ella<sup>8</sup>. Siguiendo a La Cruz Berdejo,<sup>9</sup> la unión de hecho típica se caracterizaría por las siguientes notas: convivencia, estabilidad, disolución informal y libre, y, finalmente, exclusividad de la relación o ausencia en los convivientes de otras situaciones o compromisos semejantes y vigentes.

Las uniones de hecho están referidas a aquellas parejas no casadas que, independientemente de su orientación sexual, conviven de manera estable y duradera, manteniendo una relación de afectividad y realizando una vida en común.

Para determinados autores,<sup>10</sup> si es preciso partir de la base que no hay más remedio que conceder efectos jurídicos a las uniones de hecho, no hay razón para dispersar dichas soluciones por las distintas normas e instituciones de Derecho común, cuando esos principios ya han sido contemplados por el legislador para el matrimonio.

En nuestra opinión, carece de sentido equiparar matrimonio con unión de hecho. Si una persona desea unirse en matrimonio con otra asume todas las consecuencias jurídicas que de ello se derivan. Cuando una persona opta por la mera convivencia con otra, no está asumiendo los compromisos legales que del matrimonio se derivan. Ahora bien, desde el momento en que dos personas conviven en pareja, mantienen relaciones con consecuencias jurídicas, y realizan actos y negocios jurídicos, todo lo cual debe tener un tratamiento legal que proteja las distintas situaciones sobrevenidas y no atenten contra el principio de igualdad.

En aras del cumplimiento del art. 14 de nuestro Texto Fundamental, tan solo la existencia de una causa que justifique de forma clara y patente una diferencia de trato puede establecer una diferencia de trato entre una pareja unida por el vínculo matrimonial respecto de otra que no lo está.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Así por ejemplo, D. García Hervás, “Panorámica legislativa sobre uniones de hecho”, *IC*, 81, vol. XLI (2001) considera que es “aquella unión que se presenta como alternativa al matrimonio. D. Llamazares, “El sistema matrimonial español matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho”, *Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de Madrid*, (1995) entiende que se trata de “una unión nacida de consentimiento que no requiere de un acto formal que le dé nacimiento”.

<sup>9</sup> J. L. La Cruz Berdejo, *Elementos del Derecho Civil IV. Derecho de Familia* (Barcelona: 1997), 410.

<sup>10</sup> V. Reina y J. M. Martineli, *Las uniones matrimoniales de hecho* (Madrid: Marcial Pons, 1996), 47.

<sup>11</sup> En sentido similar de E. Porres Ortiz de Urbina, “Uniones de hecho”, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, 14 (2002): 17.

## 6. REQUISITOS PARA LA UNIÓN DE HECHO

a) La unión debe ser voluntaria, es decir, debe seguir la espontaneidad, conocimiento y libre albedrío de las partes. No cabe ni es posible pensar en una convivencia forzada. Es en esta decisión en la que se revela el *affectio maritalis*, aunque la voluntad y afectos sean distintos (pero claramente complementarios).

b) Además, debe ser una unión entre un hombre y una mujer, es decir, debe tratarse de una unión heterosexual, quedando descartadas las parejas homosexuales.

c) Cuando ambas normas se refieren a “un varón” y a “una mujer”, aluden a la exigencia de la singularidad, de la exclusividad o monogamia, que se traduce en el deber de fidelidad entre los convivientes, que muchos se niegan a concebir para los concubinos, bajo la excusa (o denuncia) de que se trata de uniones libres. Por ello, no es posible que se mantengan relaciones simultáneas, aun cuando todos los involucrados carezcan de impedimentos matrimoniales.

d) Cuando se hace referencia a la estabilidad o permanencia, se entiende que la pareja debe tener una comunidad de vida estable y duradera. En el caso de la ley peruana, es claro que se exige un plazo mínimo de dos años. Pero debe tratarse de un lapso de dos años ininterrumpidos; la unión no puede ser sostenida, se ha dicho, de forma interrumpida, ni los dos años pueden ser producto de la acumulación de períodos discontinuos.

e) Los miembros de la pareja, además, deben encontrarse libres de impedimento matrimonial. Le asiste razón a Biggio cuando señala que en este sentido no basta que no sean casados, pues este autor entiende que resultan aplicables los artículos 241 y 242 del Código Civil que regulan los impedimentos absolutos y relativos, respectivamente, para contraer matrimonio.

## 7. EXTINCIÓN DE LA UNIÓN DE HECHO

Se rige bajo el principio de libre ruptura. La unión de hecho termina por mutuo acuerdo o por decisión unilateral de uno de ellos.

También termina en supuestos en los que la convivencia resulta imposible de sostener, como son los casos de muerte de uno de los convivientes o por su declaración de ausencia. Se tiene como causas para la extinción de la unión de hecho los siguientes supuestos:

- Por muerte (declaración de muerte presunta) de uno de los convivientes o de ambos. Producido el fallecimiento de uno de los convivientes o su declaración de muerte presunta o en el supuesto de que ambos fallezcan, se producirá la extinción de la unión de hecho.
- Por decisión unilateral. Uno de los concubinos puede tomar la decisión de ponerle fin a la unión de hecho, en cuyo caso, y sin necesidad de que el otro se encuentre de acuerdo, la unión de hecho termina.

- Por mutuo acuerdo. Se produce cuando ambos concubinos toman el acuerdo de ponerle fin a la unión convivencial.

## 8. LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE LA UNIÓN DE HECHO<sup>12</sup>

Un problema fundamental sobre las uniones de hecho es el relativo a la prueba de su existencia. Se debe precisar que ella no va a constar en un título de estado de familia, coma son las partidas del Registro del Estado Civil. Esto es así, por tratarse de un estado de familia de hecho.

La prueba de la existencia de la unión de hecho se constituye en una cuestión necesaria para reclamar los efectos legales reconocidos.

Sobre este punto, se debe distinguir la oportunidad de su demostración en un proceso, según que se trate de los efectos entre los convivientes o frente a terceros. Así, y respecto de los efectos personales que se reclamen entre los convivientes, como serían requerir alimentos o una indemnización en caso de terminar la unión de hecho por decisión unilateral de uno de ellos, la prueba de la existencia de la unión de hecho puede actuarse dentro del mismo proceso en que se ejerciten tales pretensiones, no requiriéndose su previo reconocimiento judicial. Esta apreciación se sustenta en la naturaleza de las pretensiones que se reclaman, las que exigen una pronta atención.

En cambio, y con relación a los efectos patrimoniales que se reclamen entre los convivientes o frente a terceros, como son los derechos que les correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales, la prueba de la existencia de la unión de hecho se requiere en forma previa al ejercicio de tales pretensiones, por lo que debe actuarse en un proceso distinto y anterior. Este criterio también se sustenta en la naturaleza de las pretensiones que se reclaman y por la seguridad jurídica necesaria para evitar perjuicios a terceros.

De otra parte, la prueba va a estar dirigida a demostrar que un hombre y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida pareja. En ello consiste la posesión constante del estado de convivientes. Claro está que, además, se deberá probar el cumplimiento de los demás elementos configurativos de la unión de hecho: que no medie impedimento matrimonial y, para la aplicación de las normas del régimen de sociedad de gananciales, que ha durado por lo menos dos años continuos.

La posesión constante de estado de convivientes puede acreditarse por cualquier medio probatorio admitido en la ley procesal, requiriendo el Código Civil la concurrencia de un principio de prueba escrita. Esta última exigencia resulta excesiva si se considera la dificultad

<sup>12</sup> Álex F. Plácido V., *Manual de Derecho de Familia (Un nuevo enfoque al estudio del Derecho de Familia)*, segunda edición (Lima: Gaceta Jurídica Editores S.A., 2002), 257.

de contar con documentos escritos en una relación familiar que se caracteriza por la oralidad o por la simple concurrencia de circunstancias de comportamiento que revelen su existencia, siendo, precisamente, la prueba testimonial que asume mayor relevancia en asuntos de Derecho de familia.

## 9. EL RECONOCIMIENTO DEL CESE DE LA UNIÓN DE HECHO<sup>13</sup>

Recordemos que el cese de la unión de hecho en la vía notarial debe ser por acuerdo de ambos convivientes. Es decir, la causal de cese por decisión unilateral de uno de los convivientes, si bien está regulada en el artículo 326 del Código Civil, no ha sido contemplada dentro del procedimiento no contencioso en la vía notarial, requiriéndose que la escritura pública de cese convivencial sea otorgada por ambos convivientes. Y si se pretende el cese de la unión de hecho por voluntad exclusiva de uno de los convivientes, este tiene expedito su derecho para instaurarlo en la vía judicial. En ese sentido, recientemente la Segunda Sala del Tribunal Registral ha emitido la Resolución N° 624-2013-SUNARP-TR-L del 12 de abril de 2013, en la cual claramente indica que la inscripción del reconocimiento de cese de la convivencia en mérito a escritura pública debe ser otorgada por ambos convivientes y no por solamente uno de ellos. Así, en su texto respecto de la inscripción del reconocimiento del cese de la unión de hecho dispone que “si bien la unión de hecho puede cesar por decisión de uno de los convivientes, la inscripción del reconocimiento del cese de la unión de hecho no se puede efectuar en mérito a la escritura pública otorgada solo por uno de los convivientes”.

## 10. ¿DESDE CUÁNDO SURGE LA COMUNIDAD DE BIENES EN UNA UNIÓN DE HECHO?

Considerando los efectos patrimoniales que tendrá esta declaración para los convivientes y terceros, se requiere que en el título conste expresamente la fecha de inicio y fin de la unión de hecho, por los efectos en la sociedad de bienes que genera similarmente al régimen de sociedad de gananciales.

En cuanto a la liquidación de gananciales, debe tenerse presente que la unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral, por lo que es menester precisar la fecha de inicio y de fin, para determinar qué bienes son los que van a inventariarse para una ulterior liquidación de los mismos, y evitar que sean incluidos posibles bienes propios de los convivientes. Surgen, sin embargo, algunas interrogantes relativas a la fecha de inicio de la comunidad de bienes, las que admiten a su vez, respuestas diversas: ¿la fecha de inicio de la comunidad de bienes es la fecha de inicio de la convivencia o surge una vez cumplidos los dos años requeridos por el artículo 326 del Código Civil?, ¿la fecha de la declaración notarial

<sup>13</sup> Iván Manuel Haro Bocanegra, “Uniones de hecho en sede registral. Declaración de reconocimiento judicial o notarial previa. Criterios registrales para su inscripción y desarrollo jurisprudencial”, *Derecho y Cambio Social*, 33, año X (2013).

de reconocimiento de la unión de hecho, es decir, la del otorgamiento de la escritura pública, es la fecha relevante que debe publicitarse a terceros?

Sobre la materia, Vega Mere<sup>14</sup> opina que “solo bajo esta probanza se podrán alegar y exigir los derechos que la ley contempla para los concubinos.” Añade que “los efectos de la sentencia (o de la declaración del reconocimiento notarial) deben ser retroactivos a fin de cautelar de manera adecuada los derechos de los concubinos durante el plazo que han vivido juntos y adquirido bienes. No pueden regir únicamente para el futuro, deben ser necesariamente retroactivos.” De otro lado, Arias Schreiber<sup>15</sup> manifiesta que “la sujeción a la verificación de un plazo para determinar cuándo son o no aplicables las normas del régimen de sociedad de gananciales a la comunidad de bienes originada de una unión de hecho, responde a la previsión de la Constitución de 1979. La consecuencia inmediata de su regulación civil produce que, antes del cumplimiento del plazo, los convivientes deben probar su participación en la comunidad de bienes, por cuanto el carácter común de los bienes no se presume; mientras que, una vez alcanzado el plazo, se presume el carácter común de los bienes, correspondiendo la probanza a aquel que alega la calidad de bien propio. Quizás, por ello, en el artículo 5 de la Constitución de 1993 se estableció que la comunidad de bienes se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable, sin sujetarlo a plazo o condición alguna. Con lo cual, desde el inicio de la unión de hecho se presume el carácter común de los bienes, salvo prueba en contrario. En todo caso, resulta necesario revisar el artículo 326 para concordarlo con la actual normatividad constitucional”. En una evaluación histórica conviene denotar que el artículo 326 del Código Civil (vigente desde noviembre de 1984), en concordancia con el artículo 9 de la Constitución de 1979 (derogada el año 1993), condiciona la aplicación de las normas del régimen de sociedad de gananciales a la comunidad de bienes originada de una unión de hecho a que esta haya durado por lo menos dos años continuos.

Es decir, si no se cumple con este plazo, los convivientes someten sus relaciones patrimoniales a las reglas de la comunidad de bienes y, en su caso, a las de la copropiedad, en vista de no existir regulación sobre la primera en el Código Civil. Por ello, una vez cumplido el plazo señalado, a la comunidad de bienes existente entre los convivientes se le aplicarán las reglas de la sociedad de gananciales, en cuanto fuese pertinente. Este plazo es de vital importancia toda vez que en caso de cuestionarse la existencia de la unión concubina, deberán, en su caso, aplicarse las normas relativas a la copropiedad. De lo señalado se desprende que la comunidad de bienes surge desde el inicio de la convivencia, siéndole de aplicación las reglas de la sociedad de gananciales, una vez cumplidos los dos años señalados por el artículo 326 del Código Civil.

<sup>14</sup> Yuri Vega Mere, *Código Civil Comentado*, primera edición (Lima: 2003), 473-474.

<sup>15</sup> Max Arias Schreiber, *Exégesis del Código Civil Peruano 1984*, tomo VII, Derecho de Familia (Lima: Gaceta Jurídica, 1997).

## 11. DECLARACIÓN NOTARIAL DE LA UNIÓN DE HECHO

Originalmente para que una unión de hecho sea declarada como tal, debía acudirse necesariamente ante el Poder Judicial. Sin embargo, con la dación de la Ley N° 29560<sup>16</sup> que modifica la Ley N° 26662<sup>17</sup> se amplían las competencias notariales en asuntos no contenciosos, autorizando a los notarios a declarar<sup>18</sup> una unión de hecho siempre que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 326 del Código Civil. Asimismo se autoriza a tramitar su cese, así como la inscripción de tales actos en el Registro Personal. Constituyendo el otorgamiento de aquella ley una alternativa a la competencia de la entidad judicial, buscando lograr de esta manera la descongestión de procesos que tanto aqueja a esta<sup>19</sup>. Pero, la promulgación de dicha norma no solamente evidencia un claro intento de disminuir la sobrecarga procesal, sino también, y es lo más importante, un paso adicional a favor de un mayor reconocimiento de las uniones de hecho. Sin embargo, creemos que al legislador le queda un largo camino por recorrer. El proceso hacia su consolidación aún se encuentra en etapa de avance. Se requiere derribar no pocas barreras jurídicas y sociales, a fin de que la unión de hecho logre una efectiva protección a nivel constitucional<sup>20</sup> y con ello consolide los derechos que le son inherentes.

## 12. REQUISITOS PARA SU TRAMITACIÓN

Las correspondientes disposiciones de la Ley N° 29560 solo se aplican para el caso de parejas convivientes que de común acuerdo decidan tramitar su reconocimiento como tales, pues es un asunto no contencioso en el cual no cabe la formulación de un conflicto por ambos concubinos o por uno de ellos pretendiendo que se le reconozca esa condición. De existir conflicto deben recurrir al órgano judicial. Luego, la convivencia deben cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 326 del Código Civil (concubinato propio o *strictu sensu*), esto es: ser mantenida por un varón y una mujer de forma libre y voluntaria —con fines y deberes semejantes a los de los casados—, ninguno de ellos debe tener impedimento

<sup>16</sup> Promulgada el 15 de julio del año 2010 y publicada al día siguiente en el *Diario Oficial El Peruano*.

<sup>17</sup> Promulgada el 20 de setiembre de 1996. Publicada en el *Diario Oficial El Peruano*, el 22 del mismo mes, y, según la tercera disposición final, vigente a los 60 días de su publicación.

<sup>18</sup> Debemos aclarar que el notario no reconoce la unión de hecho, sino que se limita a “declarar” un estado convivencial ya existente reconocido por los propios convivientes, amparados en el reconocimiento que otorga la Constitución y quienes acuden al notario para que este declare ese reconocimiento, en tanto cumple con los requisitos que la Ley exige; por tanto, en ese sentido debe entenderse lo dispuesto por la Ley N° 26662 en su artículo 45, esto es, que “procede la declaración de reconocimiento” y no solamente “procede el reconocimiento”.

<sup>19</sup> El mismo artículo 1 de la Ley N° 26662 indica que los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el notario para tramitar según corresponda los asuntos no contenciosos contemplados en dicha Ley.

<sup>20</sup> En los últimos años se ha dado una importante, pero aún insuficiente jurisprudencia constitucional a favor de las familias no matrimoniales. Así: STC N° 06572-2006-PA/TC DE 6/11/2007, STC N° 04777-2006-PA/TC DE 13/10/2008, STC N° 09708-2006-PA/TC DE 11/01/2007.

matrimonial, sea conocida por los demás y haya durado por lo menos dos años continuos. De no cumplir con estas exigencias, estaríamos frente a un concubinato impropio, no procediendo la declaración del reconocimiento de la unión de hecho entre los concubinos. Cumpliendo las parejas convivenciales los requisitos antes indicados, pueden acudir al notario y solicitar la declaración de su reconocimiento como convivientes. Conforme lo indica el artículo 46 de la Ley N° 26662,<sup>21</sup> modificado por la Ley N° 29560, dicha solicitud debe incluir:

- (i) nombres y firmas de ambos solicitantes y también debe llevar firma de abogado, conforme el artículo 14 de la Ley N° 26662;
- (ii) reconocimiento expreso de los solicitantes de que están conviviendo por lo menos dos años de manera continua;
- (iii) declaración expresa de los solicitantes de que se encuentran libres de impedimento matrimonial y que ninguno tiene vida en común con otro varón o mujer, según sea el caso; certificado domiciliario de los solicitantes, el que debe consignar la misma dirección domiciliaria, pues sería ilógico que se presenten certificados domiciliarios con diferentes direcciones de los convivientes si lo que se pretende es demostrar que hacen vida en común compartiendo el mismo techo;
- (iv) certificado negativo de unión de hecho tanto del varón como de la mujer otorgado por el Registro Personal de la oficina registral donde domicilian los solicitantes. Actualmente la emisión de este certificado ya no supone un problema, pues existen mecanismos registrales para su otorgamiento (como veremos en el punto v);
- (v) declaración de dos testigos indicando que los solicitantes conviven dos años continuos o más;
- (vi) otros documentos que acrediten que la unión de hecho tiene por lo menos dos años continuos. Dichos documentos pueden consistir en recibos de servicios de agua, luz eléctrica o teléfono, partidas de nacimiento de los hijos si los hubiere, etc. Las declaraciones o reconocimientos expresos pueden hacerse mediante declaración jurada. Además, si los solicitantes proporcionan información falsa al notario para sustentar su pedido de reconocimiento de unión de hecho, serán pasibles de responsabilidad penal (artículo 51).

Recibida toda la documentación requerida, el notario, luego de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por ley, mandará publicar un extracto de la solicitud en el *Diario Oficial El Peruano* y en otro de amplia circulación (artículos 13 y 47).

<sup>21</sup> Cuando aluda a algún artículo, este se entenderá de la Ley N° 26662.

### 13. DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA UNIÓN DE HECHO

Tiene como propósito cautelar los derechos de cada conviviente sobre los bienes adquiridos durante la unión, entendiéndose que por esta unión de hecho se ha originado una sociedad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto fuera aplicable.

Los requisitos que se exigen para instaurar un proceso judicial de reconocimiento de convivencia son los descritos en el artículo 326 del Código Civil: unión libre y voluntaria entre un varón y una mujer, falta de impedimento matrimonial, convivencia de una duración mínima de 2 años continuos y goce de notoriedad y publicidad por terceros.

El juez competente es el juez de familia y se tramita en la vía del proceso de conocimiento. Legalmente se establece que la declaración de convivencia se prueba a través de la posesión constante de estado a partir de fecha cierta aproximada, con cualquiera de los medios probatorios procesales admitidos, siempre que exista principio de prueba escrita. Este principio alude a que se puede probar con cualquier documento público o privado que demuestre indubitablemente la existencia del concubinato. También se acepta la prueba testimonial. En ese sentido, constituyen medios de prueba típicos la declaración de parte, la declaración de testigos, partidas de nacimiento de hijos en caso los hubiera, fotografías, inspección judicial, entre otros. Reiteramos que el reconocimiento judicial de convivencia tiene carácter declarativo, en tanto reconoce una situación de hecho ya existente, y cuyos efectos tienen el carácter de retroactivo, esto es, desde el instante mismo en que se cumplen los requisitos exigidos por la ley para la configuración de la unión de hecho.

Como puede apreciarse, la legislación peruana consagra la unión de hecho, estableciendo explícitamente que para ser reconocida como tal requiere el cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma constitucional y sustantiva para este tipo de uniones, los mismos que deberán ser acreditados en un procedimiento judicial o notarial, y en donde se declare el reconocimiento convivencial, por lo que no podría sostenerse que la mera declaración de una de las parejas convivenciales como parte de una convivencia será suficiente para configurar de pleno derecho la unión de hecho y, consecuentemente, la comunidad de bienes.

### 14. CONCLUSIONES

**Primero.** Por el matrimonio se adquieren mayores derechos que la unión de hecho.

**Segundo.** Una conviviente no puede heredar inmediatamente, es un proceso largo en el que tendrá que acreditar su condición de haber convivido dos años y luego solicitar la herencia. En el matrimonio civil la herencia es automática, y el trámite es más breve.

**Tercero.** En el matrimonio civil, la sociedad de gananciales surte efectos al día siguiente de la celebración del mismo.

**Cuarto.** En la unión de hecho, la sociedad de gananciales surte efectos después de haber transcurrido dos años de convivencia, debidamente inscrita ante notario público colegiado.

**Quinto.** Para la inscripción de nacimiento del hijo matrimonial, el cónyuge puede apersonarse ante la RENIEC con la partida de matrimonio y otros documentos más; es decir, basta con solo la presencia de uno de los cónyuges para realizar la inscripción inmediata del menor.

**Sexto.** Para la inscripción de nacimiento del hijo producto de la unión de hecho, la RENIEC solicita la presencia física de ambos concubinos.

**Sétimo.** No proceden los derechos sucesorios cuando uno de los concubinos tiene vigente un matrimonio y no se ha divorciado.

**Octavo.** La unión de hecho no brinda total protección a la familia. En el matrimonio civil, en cambio, están garantizados todos los derechos que corresponden al cónyuge.

**Noveno.** En el matrimonio se reconoce la sociedad de gananciales y la separación de bienes; en cambio, en la unión de hecho solo la unión legalmente concertada da lugar a la sociedad de gananciales.

**Décimo.** La cónyuge puede percibir una pensión de por vida si comprueba que tiene una enfermedad que la imposibilita poder trabajar; en cambio, en el concubinato no existe pensión de alimentos para el concubino que se separa o rompe la relación de unión de hecho. La pensión corresponde solo a los hijos.

## 15. RECOMENDACIONES

1. Deberán evaluarse bien los casos de convivencia o concubinato, a fin de que todos los casos de unión de hecho deban ser obligatoriamente inscritos a través de la convivencia registrada ante notario público colegiado, para evitar que personas que convivan con un hombre sin un vínculo de concubinato puedan atribuirse derechos y solicitar la sucesión testamentaria de convivencia.

2. Las uniones de hecho están tomando más fuerza frente a los matrimonios civiles, por lo que se deberán realizar campañas de difusión masiva para promover el matrimonio civil entre las parejas.

3. Abrir un tomo en el Registro Nacional de Identificación de Estado Civil (RENIEC), a fin de realizar la inscripción de todos los convivientes que reúnan los requisitos de ley, de modo que sirva de medio probatorio, junto con el Registro de Declaración de Concubinato otorgada por el notario público colegiado.

**REFERENCIAS**

- Arias Schreiber, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano 1984*. Tomo VII: Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica, 1997.
- *El Derecho. Semanario de Legislación y Jurisprudencia*, 56, año II (enero de 1887).
- Espinoza Espinoza, Juan. “La necesaria parificación constitucional entre la unión de hecho y el matrimonio legal”. *Express*, 19, año 2 (julio del 2002).
- García Hervas, D. “Panorámica legislativa sobre uniones de hecho”. *IC*, 81, vol. XLI (2001): 319 y ss.
- García Jordán, Pilar. “Iglesia y poder en el Perú contemporáneo, 1821-1919”. *Archivos de la Historia Andina*, 12 (1991): 229-241. <http://dx.doi.org/10.2307/1007283>
- Haro Bocanegra, Iván Manuel. “Uniones de hecho en sede registral. Declaración de reconocimiento judicial o notarial previa. Criterios registrales para su inscripción y desarrollo jurisprudencial”. *Derecho y Cambio Social*, 33, año X (2013).
- Hervada, J. “Consideraciones sobre la noción de matrimonio”. *Persona y Derecho*, 10 (1983).
- La Cruz Berdejo, J. L. *Elementos del Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. Barcelona: 1997.
- Llamazares, D. “El sistema matrimonial español matrimonio civil, matrimonio religioso y matrimonio de hecho”. *Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de Madrid*, (1995).
- “Matrimonio Sacerdotal”. *El Derecho. Semanario de Legislación y Jurisprudencia*, 5, año I (9 de enero de 1886): 38-39.
- May, W. E. “Marriage and the Complementarity of male and female”. *Anthropotes*, 8 (1992): 41-60.
- Vega Mere, Yuri. *Código Civil Comentado*. Primera edición. Lima: 2003.
- Plácido V., Álex F. *Manual de Derecho de Familia (Un nuevo enfoque al estudio del Derecho de Familia)*. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica Editores S.A., 2002.
- Porres Ortiz de Urbina, E. “Uniones de hecho”. *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, 14 (2002).
- Reina, V. y J. M. Martineli. *Las uniones matrimoniales de hecho*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- Rubio Correa, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

Recibido: 12/03/2016

Aceptado: 11/05/2016